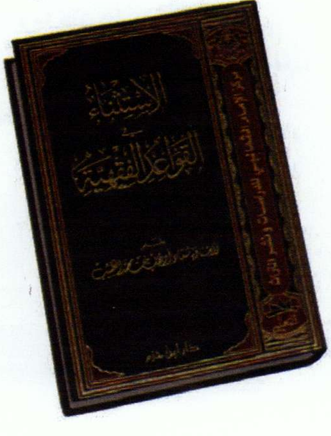
الاستثناء من القواعد الفقهية
وأثره في الاختلاف الفقهي
-نماذج تطبيقية-

ذ. الحسان بن إبراهيم بوقدون*

إن علم الفقه من أجل ما يشتغل به الباحثون في علوم الشريعة اليوم، لم لا؟ وهو أشرف العلوم وأعلاها شأنا وأعظمها أجرا يوم القيامة، حتى إن الشارع الحكيم أناط الخير كله دنيا وأخرى بالتفقه في الدين كما جاء في الحديث: «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين»[1]. ولا غرابة في ذلك إذا علمنا أن الفقه ثمرة سائر العلوم؛ فهو الغاية المنشودة والثمرة المرجوة والهدف الأسمى.

وإذا كان أمر التفقه في الدين أمرا صعبا من حيث حفظ جزئياته وضبط شوارده كما تقرر عند أهل الاختصاص؛ فإن فن التقعيد الفقهي (وضع القواعد الفقهية) من شأنه أن يسهل أمر الفقيه في ضبط مسائل هذا العلم، كما قال القرافي: «وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع، وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد»[2].

ولما كان شأن فن القواعد الفقهية في هذه الدرجة من الأهمية اعتنى به الجِلَّة من الفقهاء والأصوليين، وكان كذلك موضوع بحوث كثير من الباحثين المعاصرين. ولو ذهبنا نستقصي في هذه العجالة ما كتب في هذا الموضوع لطال بنا الوقت من غير طائل. ومع كثرة ما كتب فيه من الأبحاث فإن هناك مسألة ذات علاقة وطيدة بفن القواعد الفقهية لم تنصرف إليها أقلام الباحثين، أو على الأقل لم يطرق بابها بالشكل المطلوب بعد، ألا وهي مسألة: «الاستثناء من القواعد الفقهية». وغاية ما كتب فيها (حسب ما اطلعت عليه) دراستان؛ الأولى للباحثة الجزائرية سعاد أوهاب الطيب تحت عنوان: «**المسائل المستثناة من القواعد الفقهية وأسباب استثنائها**»؛ وهي



عبارة عن رسالة جامعية نالت بها الباحثة رسالة الماجستير في كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، وهي منشورة على الأنترنت*، والدراسة الثانية للدكتور عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان تحت عنوان: **«الاستثناء من القواعد الفقهية، أسبابه وآثاره»**؛ وهي مطبوعة متداولة. وهاتان الدراستان في غاية من الأهمية، وقد استفدت منهما كثيرا، إلا أن الدراستين معا لم تتطرقا لقضية أثر الاستثناء من القواعد الفقهية في الاختلاف الفقهي، علما أن الاستثناء من القواعد الفقهية من الأسباب المباشرة في اختلاف الفقهاء.

ولهذا آثرت بحث هذه الجزئية قصد الكشف عن حقيقتها العلمية ما أمكن، وإبراز آثارها الواسعة في اختلاف الفقهاء والمذاهب الفقهية، وقد علمت أن الكلام في مثل هذه الموضوعات ضرب من الإقدام على المجهول والمجازفة في تحديد معالم الطريق، خاصة إذا علمنا أن المادة العلمية للموضوع شحيحة جدا يعز على الباحث جمعها بسهولة.

وأما عن أهمية الموضوع فيكفي أن ألمح هنا إلى أن كتب القواعد الفقهية تزخر بكم هائل من مستثنيات المسائل الفقهية التي تحتاج إلى إعادة ترتيب وصياغة وفق قالب ترتضيه مناهج البحث المعاصرة، ويقرب هذه المسائل إلى الأذهان ما أمكن، إضافة إلى أن الجانب النظري للاستثناء من القواعد ما يزال بحاجة إلى خدمته بالبحث والدراسة.

وهذا البحث المتواضع وإن رمنا منه تقريب قضية الاختلاف الفقهي الحاصل بين الفقهاء بسبب الاستثناء من القواعد الفقهية فإن دراسة الجانب النظري المتعلق بمفهوم هذا الاستثناء أمر اقتضته ضرورة البحث العلمي؛ وذلك حتى نعطي صورة متكاملة عن الموضوع ككل، وصدق من قال: «الحكم على الشيء فرع عن تصوره»، وهكذا فإن خطة البحث ستكون إن شاء الله وفق المحاور الآتية:

المبحث الأول: الجانب النظري لمفهوم الاستثناء من القواعد الفقهية.
المطلب الأول: تعريف الاستثناء من القواعد الفقهية.
المطلب الثاني: نشأة الاستثناء من القواعد الفقهية.
المطلب الثالث: علاقة الاستثناء بحجية القاعدة الفقهية.
المطلب الرابع: التأليف في موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية.

المبحث الثاني: أثر الاستثناء من القواعد الفقهية في الاختلاف الفقهي.
المطلب الأول: الاختلاف الفقهي الناتج عن الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذاهب الأربعة.
الفرع الأول: قاعدة: «الخراج بالضمان».
الفرع الثاني: قاعدة: «العادة محكمة».
الفرع الثالث: قاعدة: «جرح العجماء جبار».
الفرع الرابع: قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات».
المطلب الثاني: الاختلاف الفقهي الناتج عن الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذهب الواحد.
الفرع الأول: قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».
الفرع الثاني: قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».
الفرع الثالث: قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».
الفرع الرابع: قاعدة: «ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها».
الخاتمة.

المبحث الأول: الجانب النظري لمفهوم الاستثناء من القواعد الفقهية.

سبق أن ذكرت في المقدمة أهمية دراسة موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية في مجال البحث العلمي في وقتنا المعاصر؛ وأزيد ذلك توضيحا فأقول: إذا كان الفقه الإسلامي ينعت بالجمود والركود في هذا العصر، (عصر التكنولوجيا وغزو الفضاء...) فإن دراسة موضوع كموضوعنا هذا لهو من أولى المباحث التي يتوجب على الباحث المسلم الغيور على أمته أن يطرق بابها، إذ إن مثل هذه الموضوعات -في الحقيقة- تدل على حياة الفقه ومسايرته لمختلف التطورات التي تستجد في الحياة البشرية كل يوم بوجه عام.

وإذا كان من المعلوم أن المسائل الفقهية قد حاول الفقهاء ضبطها عن طريق التقعيد الفقهي؛ وذلك باستقراء معانٍ عامة في الشريعة ثم إدراج هذه المسائل تحت قواعدها الكلية بإلحاق كل مسألة بنظائرها، فلا يحتاجون حينئذ إلى إيجاد دليل خاص لكل نازلة تعرض لهم[3]، فإن هناك بعض المسائل الجزئية لا تدخل تحت هذه القواعد وإن كان مقتضى الحال أن تدخل تحتها؛ بل يستثنيها العلماء لأسباب أخرى كل حسب ما أداه إليه اجتهاده فلا ينطبق عليها حكم القاعدة الذي استثنيت منها، فتلحق بقاعدة أخرى أو تبقى مستثناة دون أن تساق بأية قاعدة، ولكنها تذكر مع القاعدة التي استثنيت منها كلما ذكرت هذه القاعدة.

وهكذا فإن اختلاف الفقهاء في هذه الفروع المستثناة من القواعد الكلية بناء على مسوغات اجتهادية كان سببا مباشرا في حصول تباين في آراء الفقهاء إن على المستوى المذاهب والمدارس الفقهية، أو حتى على المستوى الفردي عند العلماء، فتجد المذهب الفلاني يستثني عددا معينا من المسائل من قاعدة معينة في الوقت الذي يستثني منها مذهب آخر عددا غير الذي استثناه الأول.

ولهذا فإن أهم ما يتوجب دراسته هاهنا -في نظري- أربعة أمور: الأول: تعريف الاستثناء من القواعد الفقهية؛ (المطلب الأول)، الثاني: نشأة الاستثناء من القواعد الفقهية؛ (المطلب الثاني)، الثالث: علاقة الاستثناء بحجية القاعدة الفقهية؛ (المطلب الثالث)، الرابع: التأليف في موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية؛ (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تعريف الاستثناء من القواعد الفقهية.

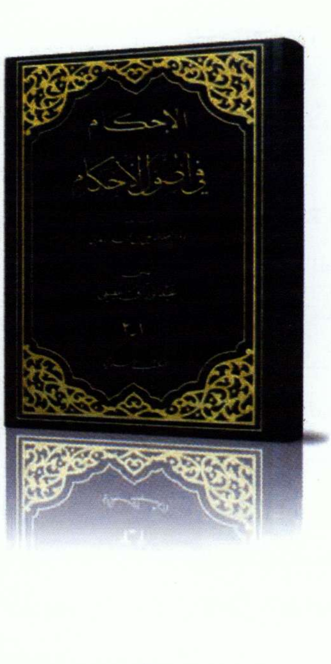
جرت عادة العلماء عند حديثهم عن فن من فنون العلم كيفما كان نوعه أن يتحدثوا عن معناه في اللغة والاصطلاح؛ وذلك حتى تتضح معالمه وتبرز أهدافه؛ وحتى يكون القارئ على بصيرة مما هو بصدد دراسته، وعلى هذا الأساس أرى أنه لا بد من بيان معنى الاستثناء في اللغة أولا، ثم أعرج بعد ذلك على بيان معناه في الاصطلاح ثانيا؛ (وأقصد المعنى الاصطلاحي للاستثناء من القواعد الفقهية).

أولا في اللغة: الاستثناء: على وزن استفعال من ثنيت الشيء أثنيه ثنيا من باب رمى إذا عطفته ورددته، وثنيته عن مراده إذا صرفته عنه، ومنه الثنيا بضم الثاء وسكون النون بعدها ياء تحتانية، والثنوى بالفتح مع الواو، وفي الحديث: (من طلق واستثنى فله ثنياه)[4]، أي ما استثناه، ومصدره الثني، وقد بين ذلك ابن فارس عندما قال: «ثنى؛ الثاء والنون والياء أصل واحد وهو تكرير الشيء مرتين أو جعله شيئين متوالين أو متباينين، وذلك قولك ثنيت الشيء ثنيا»[5].

وقد تستعمل مادة: «**ثنى**» في اللغة بمعنى: «**الإخراج**» وإن لم يصرح به ابن فارس، ومن هنا نلحظ أن عددا من الأصوليين اعتبر لفظ «**الإخراج**» جنسا في تعريف الاستثناء في الاصطلاح[6].

ثانيا في الاصطلاح: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستثناء من الناحية الاصطلاحية، منهم من عرفه بأنه: «قول ذو صيغ مخصوصة محصورة، دال على أن المذكور فيه لم يرد بالقول الأول»[7].

وعرفه الآمدي بقوله: «عبارة عن لفظ متصل بجملة لا يستقل بنفسه دال بحرف إلا أو أخواتها، على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به، ليس بشرط ولا صفة ولا غاية»[8].



> **من عادة المتقدمين الاكتفاء في غالب الأحيان بالتصور الذهني للمصطلحات خاصة إذا كانت معهودة ومتداولة**

وعرفه الفيومي بأنه: «صرف العامل عن تناول المستثنى، ويكون حقيقة في المتصل وفي المنفصل أيضا»[9].

وهذه التعاريف تفيد معنى الاستثناء في الاصطلاح الأصولي، وأما معنى الاستثناء من القواعد الفقهية الذي نحن بصدده، فالذي ينظر فيما ألفه المتقدمون بشأن هذا الموضوع يدرك تمام الإدراك أنهم لم يعرجوا على تعريف هذا المصطلح، ولا يعني هذا أنهم يجهلون كنهه وحقيقته، بل إن عادة المتقدمين الاكتفاء في غالب الأحيان بالتصور الذهني للمصطلحات خاصة إذا كانت معهودة ومتداولة. وهذا ما وقع لمصطلح الاستثناء من القواعد الفقهية حيث اكتفى الفقهاء بتداوله فيما بينهم دون أن يتعرض أحد لتحديد ماهيته حسب ما انتهى إليه علمنا.

وقد حاول الدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان من المعاصرين أن يصوغ تعريفا للاستثناء من القاعدة الفقهية حيث قال: الاستثناء من القاعدة الفقهية معناه: «إخراج مسألة فقهية يظهر دخولها في القاعدة الفقهية من حكم القاعدة بأي عبارة تدل على ذلك»[10].

المطلب الثاني: نشأة الاستثناء من القواعد الفقهية.

الغاية من هذا المطلب هي الإشارة إلى أن الاستثناء من القواعد الفقهية أمر مرتبط بفن التقعيد الفقهي نشأ بنشأته ووجد بوجوده، وقد ورد الاستثناء في القرآن الكريم، وفي كلام العرب نثره وشعره، ولعل في قول عمر ﵁ لأبي موسى الأشعري: «اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك»، إشارة إلى أن في الأمثال والأشباه ما يخالفها في الأحكام لمدرك خاص به، وهذا الخارج هو المستثنى، ولذلك قال: «ثم قس الأمور عندك فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق»[11].

المطلب الثالث: علاقة الاستثناء بحجية القاعدة الفقهية.

وأقصد هنا بعلاقة الاستثناء بحجية القاعدة الفقهية، هل للاستثناء أثر على حجية القاعدة الفقهية أم لا؟ وهذا السؤال أجاب عنه الدكتور عبد الرحمن الشعلان عند تصديه لهذا المبحث فأشار إلى أن ورود الاستثناء في القواعد الفقهية يمنع عنها شمولها للفروع المستثناة منها لكنها تبقى حجة في بقية الفروع، وقال في موضع آخر: بأن الاستثناء من القواعد الفقهية لا يؤثر في حجيتها فيما عدا المسألة أو المسائل المستثناة[12].

ولقد اهتم الفقهاء والباحثون في فن القواعد الفقهية بالنظر في حجية هذه القواعد ومدى صحتها في أن تكون دليلا يستند إليه في استنباط الأحكام الشرعية اهتماما بالغا، والملاحظ أن آراءهم اتفقت على أن القواعد الفقهية التي تستند إلى دليل من كتاب أو سنة أو غيرهما من الأدلة المعتبرة تصلح أن تكون دليلا يسوغ الاحتجاج به[13]، لأن الاستدلال بالقاعدة الفقهية هاهنا إنما هو في الحقيقة استدلال بالنص الذي استندت إليه كتابا كان أو سنة.

وأما القواعد الفقهية المستنبطة من الفروع فيرى أغلب الفقهاء أنها حجة كسابقتها، ومن هؤلاء أبو إسحاق الشاطبي وابن نجيم الحنفي والشهاب القرافي، وتبعهم ثلة من الباحثين المعاصرين، قال الشاطبي رحمه الله: «إذا استقرى المجتهد معنى عاما من أدلة خاصة واطرد له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذ صار ما استقرى من عموم المعنى المنصوص بصيغة عامة فكيف يحتاج مع ذلك إلى صيغة خاصة بمطلوبه»[14].

وممن نحا هذا المنحى من العلماء كذلك ابن بشير المالكي، فقد ذكر عنه صاحب الديباج في ترجمته أنه كان يستنبط أحكام الفروع من القواعد، قال ابن دقيق العيد: «وهي طريقة غير مخلصة لأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد»[15]، ولهذا نعت القباب ابن بشير بأنه أحد الثلاثة الذين أفسدوا الفقه[16].

المطلب الرابع: التأليف في موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية.

اعتنى بعض من ألفوا في فن القواعد الفقهية بذكر الاستثناءات التي ترد على تلك القواعد والتنبيه عليها في كل موضع من المواضع التي تذكر فيها، غير أن طرق هؤلاء اختلفت في كيفية ذكرهم لهذه المستثنيات، والاتجاه السائد في كتب القواعد الفقهية بوجه عام هو إدراج الفروع الفقهية تحت القاعدة الفقهية العامة ثم بعد ذلك تذكر الصور التي تستثنى من هذه القاعدة كما نجد عند الجلال السيوطي في «الأشباه والنظائر».

وقد أشار الدكتور الثبيتي إلى هذا الاتجاه من التأليف مشيرا إلى أن بعض العلماء يذكر القواعد الفقهية ويستثني منها عدة

مسائل؛ كأمثلة أو حسب ما وصل إليه علمهم، ومن هؤلاء الزركشي والسبكي وابن خطيب الدهشة[17] والسيوطي وابن نجيم والأبياري، فمستثنياتهم قليلة العدد في القواعد التي يستثنون منها بل لا يستثنون من بعض القواعد أحيانا.

وبعضهم يذكر القواعد الفقهية مجردة عن الاستثناء، ومن هؤلاء ابن الوكيل وابن رجب وابن اللحام والمقري والونشريسي والقرافي وغيرهم[18].

وهؤلاء ممن ذكرنا ترد استثناءاتهم في القواعد تبعا للقاعدة ولم يكن غرضهم استقصاء جميع الفروع المستثناة، بل يذكرون القواعد وما يخرج عنها من المسائل كتنبيه على ذلك، أما من ألف في الاستثناء من القواعد الفقهية أصالة فعددهم قليل مقارنة مع غيرهم ممن ألف في هذا الفن عموما، وقد أشار الدكتور يعقوب الباحسين إلى أنه لم يعرف في هذا القسم من التأليف إلا كتابان:

1: المناقضات في الحصر والاستثناء؛ لأحمد بن الحسين الفناكي؛ (ت: 448 هـ).

2: الاستغناء في الفرق والاستثناء؛ لبدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان البكري؛ (ت: أوائل القرن التاسع الهجري).

قال: «وما عدا ذلك فإدخاله في هذا المجال فيه نوع تساهل»، ومثل لذلك بكتاب القواعد في فروع الشافعية للشيخ شرف الدين عيسى بن عثمان الغزي؛ (ت: 799هـ)، وكتاب التلخيص لأبي العباس المعروف بابن القاص (ت: 335هـ)[19].

هذا وقد تبين لي بعد أن اطلعت على بعض مباحث كتاب **«الاستغناء»** للشيخ البكري رحمه الله وبناء على شهادة بعض الباحثين أنه من أجود ما ألف في الاستثناء من القواعد الفقهية، وأنه يتضمن ما لا حصر له من المسائل المستثناة، ولا أكاد أجد فيه بابا من أبواب الفقه إلا وذكر فيه ما يستثنى منه وذلك في غير ما موضع، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عناية هذا الحبر بموضوع الاستثناء أيما عناية، ومدى استيعابه لمسائل الفقه أصولا وفروعا.

المبحث الثاني: أثر الاستثناء من القواعد الفقهية في الاختلاف الفقهي.

لتقريب آثار الاستثناء من القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء سأعقد ضمن هذا المبحث مطلبين؛ الأول في: الاختلاف الفقهي الناتج عن الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذاهب الفقهية الأربعة، والثاني في: الاختلاف الفقهي الناتج عن الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذهب الواحد.

المطلب الأول: الاختلاف الفقهي الناتج عن الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذاهب الأربعة.

وسأعرض من خلال هذا المطلب لبعض القواعد الفقهية التي كان للاستثناء منها أثر واضح وجلي في اختلاف الفقهاء، والحقيقة أن القواعد من هذا النوع كثيرة جدا، ومع ذلك فلن يتأتى للباحث الوقوف على جميع مستثنيات هذه القواعد والخلاف الحاصل بشأنها إلا بعد جهد جهيد؛ لما يتطلب ذلك من البحث عنها في أمهات الكتب والمصنفات خاصة المطولات منها، ولذا سأكتفي في هذا المطلب بدراسة القواعد الآتية: قاعدة؛ «**الخراج بالضمان**»، وقاعدة؛ «**العادة محكمة**»، ثم قاعدة؛ «**جرح العجماء جبار**»، وأخيرا قاعدة؛ «**الضرورات تبيح المحظورات**».

وسأوزع إن شاء الله هذه القواعد على فروع أربعة أتناول في كل فرع القاعدة الفقهية والمسائل أو المسألة المستثناة منها؛ ثم الخلاف المثار بين الفقهاء بخصوص هذه المسائل مع استعراض آرائهم ومذاهبهم.

الفرع الأول: قاعدة: «الخراج بالضمان»[20].

أولا: معنى القاعدة: الخراج المقصود في القاعدة هو الحاصل من الشيء إذا كان منفصلا عنه غير متولد منه؛ ككسب العبد وسكنى الدار وأجرة الدابة، أما إذا كان غير منفصل عنه ومتولدا منه فلا يستحق باتفاق الفقهاء.

بالضمان: أي مقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه[21].

ومعنى القاعدة إجمالا أن المنفعة المتولدة عن الشيء لا يستحقها إلا من تحمل خسارة هلاك ذلك الشيء وقت هلاكه، فتحمل الخسارة مرده استحقاق المنفعة، هذا إذا استثنينا مسألة الغصب فإن خراج الشيء المغصوب مختلف في مستحقه، فذهب الشافعية وابن وهب وأشهب وعبد الملك وابن شعبان من المالكية إلى أن منافع المغصوب مضمونة للمغصوب منه عملا بقاعدة أخرى وهي الدوام كالابتداء[22].

ثانيا: المسألة المختلف في استثنائها من القاعدة؛ «مسألة المصراة».

إن العمل بقاعدة: «**الخراج بالضمان**» هو محل اتفاق بين العلماء ولكن اختلفوا في حكم استثناء مسألة المصراة من القاعدة، فذهب الجمهور إلى استثنائها بناء على نص الحديث؛ وهو قوله ﷺ: (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها؛ إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر)[23].

وخالف الحنفية فقالوا بعدم استثنائها أخذا بعموم القاعدة، وقد حكى ابن رشد حاصل هذا الخلاف في «البداية» فقال: «والتصرية عند مالك والشافعي عيب، وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير، وحجتهم في ذلك حديث المصراة المشهور، قالوا: فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية، وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا، قالوا: وأيضا فإنه مدلس، فأشبه التدليس بسائر العيوب»[24].

فأبو حنيفة وأصحابه لم يعملوا النص لمخالفته أصل القاعدة؛ ولأصول أخرى بينها ابن رشد فقال: «قالوا: ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن للإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب، قالوا وحديث المصراة يجب ألا يوجب عملا لمفارقته الأصول»، وذلك أن مفارقته للأصول من وجوه:

فمنها: أنه معارض لقوله عليه ﷺ: «الخراج بالضمان» وهو أصل متفق عليه.

ومنها: أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة، وذلك لا يجوز باتفاق.

ومنها: أن الأصل في المتلفات إما القيم أو المثل، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا.

ومنها: بيع الطعام المجهول؛ أي الجزاف بالمكيل المعلوم، لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر، وأيضا فإنه يقل ويكثر، والعوض هاهنا محدود، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث»[25].

وأوجب بعض الشافعية رد قيمة لبن المصراة على البائع عند تلفه؛ لأن اللبن متحقق حال العقد ووجوده يتقسط عليه بعض الثمن[26].

وقد رد الجمهور حجة الحنفية بأمور أذكرها إن شاء الله هنا إتماما للفائدة:

يقول ابن القيم رحمه الله: أما أصل: «الخراج بالضمان» فهو وإن كان حديثا مرفوعا، إلا أن حديث المصراة أصح منه باتفاق أهل الحديث، فلا تصح معارضته به على أنه لا تعارض بينهما؛ لأن الخراج اسم للغلة الحادثة بعد العقد مثل كسب العبد وأجرة الدابة، ولبن المصراة موجود حال العقد فهو جزء من المعقود عليه، والشارع الحكيم جعل الصاع عوضا عنه لا عن اللبن الحادث بعد العقد فضمانه هو محض العدل والقياس، وأما أن الأصل في متلف الشيء أن يغرم مثله فلا يتأتى هنا تطبيقه، ذلك أن اللبن المضمون إنما هو اللبن الموجود في الضرع حال العقد، واللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد فإذا حلب صار عرضة لحمضه وفساده، فلو قوبل هذا اللبن المحفوظ بلبن محلوب الآن لكان ظلما تنزه عنه الشريعة العادلة، ثم إن اللبن الموجود حال العقد قد اختلط باللبن الحادث بعده، فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري، وقد يكون أقل منه أو أكثر فيفضي إلى الربا...»[27].

وقال ابن قدامة: «أما قياسهم[28] للتصرية على انتفاخ البطن باطل؛ لأن الانتفاخ قد يكون من الأكل والشرب، ولا معنى لحمله على الحمل، على أن هذا قياس يخالف النص، واتباع قول الرسول ﷺ أولى»[29].

وهكذا فالجمهور يتمسكون بنص الحديث؛ لأنه مخصص لما اشتملت عليه قاعدة «الخراج بالضمان» العامة، فاستثنوا هذه الجزئية منها، في حين يرى الحنفية أن القاعدة تبقى على عمومها.

الفرع الثاني: قاعدة: «العادة محكمة»[30].

أولا: معنى القاعدة: إن العادة عامة كانت أو خاصة جعل لها الشارع مجالا لإثبات الأحكام لكثير من القضايا التي تعارف عليها الناس، وذلك ما لم يرد نص فيها أو بخلافها أو ورد بشأنها ولكنه عام.

والعادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، ويطلق عليها أيضا العرف العملي، والمقصود بها حينئذ ما لا يكون مغايرا لما عليه أهل الدين والعقل المستقيم، ولا منكرا في نظرهم.

والمراد بكونها عامة: أن تكون مطردة أو غالبة في جميع البلدان، ومن كونها خاصة: أن تكون كذلك في بعضها، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة[31].

ثانيا: المسألة المختلف في استثنائها من القاعدة؛ «بيع المعاطاة».

وصورة هذا النوع من البيوع: أن يصدر الإيجاب من أحد الطرفين ويسكت الطرف الآخر، أو أن يقع الإيجاب والقبول مدلولا عليهما معا بالسكوت؛ كأن يضع المشتري الدراهم للبائع ويأخذ ما يقابلها من السلعة والبائع ساكت[32].

ويشترط في صحة هذا النوع من البيوع حصول الرضا بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[33].

وقد اختلف الفقهاء في استثناء هذه المسألة على مذاهب أعرضها هنا بالتفصيل:

أجاز المالكية هذا النوع من البيوع واحتجوا بدلالة العرف وقالوا: إن المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك

بدفع عوض عن طيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة[34].

ومنع ذلك الشافعية فقالوا: لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا تصح في قليل ولا كثير وبهذا قطع الجمهور وقاسوه على النكاح فإنه لا ينعقد إلا باللفظ؛ وقياسا على العقار والنفائس كذلك[35].

قال السيوطي في الأشباه: «وخرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة، منها المعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها ولو اعتيدت»[36].

أما الحنابلة فقد جاء في «المغني» صحة البيع بالمعاطاة ونسب صحته إلى الإمام أحمد[37].

وتوسط الحنفية في ذلك، فأجازوا بيع المعاطاة في المحقرات دون نفائس الأشياء[38].

والحق أن العبرة في البيع بالتراضي الذي يحصل بصدور الإيجاب والقبول، فإذا صدرا سليمين متحدين متصلين فقد انعقد البيع سواء كانت وسيلة صدورهما هي الكلام أو كانت وسيلة أخرى غير الكلام؛ لأن للناس في عاداتهم وأعرافهم وسائل كثيرة للتعبير عن تراضيهم وإبراز رغبتهم في التعاقد، وقد تتغير وتتجدد هذه الوسائل من عصر لآخر، ومن مكان لآخر، ولذلك عرف الفقهاء العقد عامة بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعي، فالعقد لا يتوقف انعقاده على خصوص الكلام، بل ينعقد بكل وسيلة مفهمة كاشفة عن حقيقة الإيجاب والقبول، ومن ثم فإن سكوت البائعين أو أحدهما إذا كان مصحوبا بقرائن تدل على التراضي ويحصل بها البيع في عرف الناس كان ذلك بيعا صحيحا[39].

الفرع الثالث: قاعدة: «جرح العجماء جبار»[40].

أولا: معنى القاعدة: إن جناية العجماء وما ينشأ عنها من إتلاف أو إفساد أو إضرار هدر لا ينبني عليها أي شيء ولا تستوجب الضمان من صاحبها، ما لم يكن معها من يركبها أو يسوقها أو يراها وهي تفعل شيئا من ذلك.

ومعنى هذا أن بطلان الضمان مقيد بما إذا كانت العجماء وحدها أما إذا كان معها صاحبها فإن جرحها وجنايتها يكون كأنه صادر عنه[41].

ثانيا: المسألة المختلف في استثنائها من القاعدة: «حكم جناية العجماء بالليل»:

اتفق العلماء على أنه لا ضمان على صاحب الدابة فيما تتلفه بالنهار إذا لم يكن معها عملا بالقاعدة السابقة، واختلفوا فيما تفسده الدابة بالليل هل يضمن صاحبها أم لا؟ فذهب مالك والشافعي إلى أنه يضمن، وحجتهم في ذلك أمران؛ أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ﴾[42]، والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا.

والثاني: رواية مرسلة عن ابن شهاب: «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون[43]»[44].

وذهب أبو حنيفة وأصحاب الرأي إلى أنه لا ضمان عليه أصلا لا فيما أفسدته بالليل ولا بالنهار وعمدتهم قوله ﷺ: «العجماء جرحها جبار»، قال الطحاوي: «وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة، فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن، والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح، وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا»[45].

وسبب الخلاف في هذه المسألة المستثناة مدلول القاعدة، فالذين قالوا بعمومها لم يوجبوا الضمان على ما أتلفته الدابة سواء أكان ذلك بالليل أو بالنهار، وأما من حمل القاعدة على حديث البراء بن عازب فقالوا بوجوب الضمان فيما أفسدته بالليل فقط.

الفرع الرابع: قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»[46].

أولا: معنى القاعدة: معنى هذه القاعدة معلوم وواضح وهي من القواعد الشرعية التي تبرز سماحة هذا الدين وتجسد روح التيسير والتسامح الذي بني عليه الإسلام، فهي أصل عظيم من أصول الإسلام، ومعلمة من معالم سمو هذا الدين، وصلاحيته عبر السنين لكل زمان ومكان، لما توحي إليه القاعدة من يسر وسهولة ومرونة[47].

يقول الدردير في توضيح معنى القاعدة: «الضرورة الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا، فالمضطر هو الذي يلحقه الهلاك أو الضرر الشديد إذا لم يفعل ما يدفعان به»[48].

وعلى هذا الأساس فيجوز للمكلف أكل الميتة عند الضرورة، والنطق بكلمة الكفر حال الإكراه، وشرب الخمر مخافة الموت بالعطش إلى غيرها من المحرمات التي قد يأتيها الشخص المضطر حفاظا له على كلياته الخمس.

ثانيا: المسألة المختلف في استثنائها من القاعدة: «الزنا في حالة الإكراه»:

اختلف الفقهاء هل يجوز الإقدام على الزنا أم لا حال وقوع الإكراه؟ فذهب إلى منعه كل من الشافعية والحنابلة وبعض المالكية؛ وعللوا ذلك بحصول المفسدة التي تقابل مهجة المكره، وذهب بعض المالكية كابن الماجشون ومطرف وأصبغ وابن عبدالحكم وابن العربي من المتأخرين إلى الجواز وعمدتهم الأخذ بالضرورة وصرح ابن عبد البر بنسبة هذا القول إلى الإمام مالك رحمه الله[49].

المطلب الثاني: الاختلاف الفقهي الناتج عن الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذهب الواحد.

هذا المطلب سيعطينا صورة عن الاختلاف الفقهي الحاصل بسبب الاستثناء من القواعد الفقهية على مستوى المذهب الفقهي الواحد انطلاقا من دراسة بعض القواعد الفقهية التي كان الخلاف في المسائل المستثناة منها بين أعلام المذهب الواحد، وهذا الاختلاف عادة ما يكون بين أعلام المذهب الشافعي بالدرجة الأولى ثم بين أعلام المذهب الحنفي ثانيا.

والقواعد التي ستكون موضوع الدراسة خلال هذا المطلب هي: قاعدة: «**اليقين لا يزول بالشك**»، وقاعدة: «**الأصل بقاء ما كان على ما كان**»، وقاعدة: «**إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام**»، وقاعدة: «**ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها**».

الفرع الأول: قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»[50].

أولا: معنى القاعدة: معنى القاعدة أن الأمر الثابت باليقين لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه[51]، وقد اتفق العلماء على أن هذه القاعدة أصل من أصول الشريعة وهو أمر مجمع عليه[52] لأنها تشغل حيزا هاما ضمن موضوع القواعد الفقهية، فهي من أمهات القواعد، والمسائل المخرجة عليها كثيرة جدا، وقد أشار إلى هذا السيوطي في «**الأشباه والنظائر**» بقوله: «اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر»[53].

ثانيا: المسائل المختلف في استثنائها من القاعدة:

قال السيوطي: «من المستثنيات التي أوردها العلماء على هذه القاعدة ما نقله ابن القاص في «التلخيص» أن حكم اليقين لا يزال بالشك إلا في مسائل أوصلها إلى إحدى عشرة مسألة:

الأولى: شك ماسح الخف، هل انقضت المدة أم لا؟.

الثانية: شك هل مسح في الحضر أم في السفر؟ يحكم في المسألتين بانقضاء المدة.

الثالثة: إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري أمسافر هو أم مقيم؟ لم يجز القصر.

الرابعة: إذا بال حيوان في ماء كثير ثم وجده متغيرا ولم يدر أتغير بالبول أم بغيره؟ فهو نجس.

الخامسة: المستحاضة المتحيرة يلزمها الغسل عند كل صلاة يشك في انقطاع الدم قبلها.

السادسة: من أصابته نجاسة في ثوبه أو بدنه وجهل موضعها يجب غسله كله.

السابعة: إذا شك مسافر أوصل بلده أم لا؟ لا يجوز له الترخص.

الثامنة: إذا شك مسافر هل نوى الإقامة أم لا؟ لا يجوز له الترخص.

التاسعة: إذا توضأت المستحاضة وسلس البول ثم شكا هل انقطع حدثهما أم لا؟ فصليا بطهارتهما؛ لم تصح صلاتهما.

العاشرة: إذا تيمم ثم رأى شيئا لا يدري أسراب هو أم ماء؟ بطل تيممه وإن بان سرابا.

الحادية عشرة: إذا رمى صيدا فجرحه ثم غاب فوجده ميتا، وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره؟ لم يحل أكله، وكذا لو أرسل عليه كلبا[54].

وقد نازعه القفال[55] وغيره في استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك؛ وإنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه؛ لأن الأصل في الأولى والثانية: غسل الرجلين وشرط المسح بقاء المدة وشككنا فيه فعمل بأصل الغسل، وفي الثالثة والسابعة والثامنة: القصر رخصة بشرط؛ فإذا لم يتحقق رجع إلى الأصل وهو الإتمام، وفي الخامسة: الأصل وجوب الصلاة فإذا شكت في الانقطاع فصلت بلا غسل لم تتيقن البراءة منها، وفي السادسة: الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة؛ فلما لم يغسل الجميع فهو شاك في زوال منعه من الصلاة، وفي العاشرة: إنما بطل التيمم لأنه توجه الطلب عليه، وفي الحادية عشرة: في حل الصيد قولان؛ فإن قلنا لا يحل فليس ترك يقين بشك؛ لأن الأصل التحريم وقد شككنا في الإباحة[56].

وذكر النووي في المجموع: أن الأصل هو كون اليقين لا يترك حكمه بالشك، وهذه قاعدة مطردة لا يخرج منها إلا مسائل يسيرة لأدلة خاصة على تخصيصها، وبعضها إذا حقق كان داخلا فيها[57].

وهذه القاعدة كما ذكرت آنفا لم تسلم من شذوذ لبعض الفروع منها وقد ذكرها المصنفون في هذا المجال، ولو ذهبت أسردها لما اتسع المقام لذلك؛ وقد قررنا فيما مضى أن نسلك

مسلك الإيجاز ولاختصار من باب أن تكون هذه المطالب التي نحن بصدد بحثها على قدر متساو حتى لا نخل بمنهجية البحث.

الفرع الثاني: قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

أولا: معنى القاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان؛ أي أن ما دل الشرع على ثبوته يستمر حكمه ويدوم إلا أن يغيره دليل شرعي آخر، ولا اعتبار للشك والظن في إيقافه وتغييره، وهي بهذا صورة أخرى من صور الاستصحاب[58].

ثانيا: المسائل المختلف في استثنائها من القاعدة:

قال الحنفية إذا شربت هرة أكلت نجاسة من ماء على فورها يتنجس؛ كشارب الخمر إذا شرب على فوره، ولو مكثت ساعة ثم شربت لا يتنجس عند أبي حنيفة رحمه الله لاحتمال غسلها فمها بلعابها، وعند محمد رحمه الله يتنجس بناء على أصله من أنها لا تزول إلا بمطلق الحكمية[59] [60].

ومن هذا القبيل أيضا حكم أكل الزرافة عند الشافعية، قال السيوطي: «قال السبكي: المختار حل أكلها؛ لأن الأصل الإباحة وليس لها ناب كاسر فلا تشملها أدلة التحريم، وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لها أصلا لا بحل ولا بحرمة وصرح بحلها في فتاوى القاضي الحسين والغزالي وتتمة القول وفروع ابن القطان وهو المنقول عن نص الإمام أحمد وجزم الشيخ في التنبيه بتحريمها ونقل في شرح المهذب الاتفاق عليه»[61].

الفرع الثالث: قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».

أولا: معنى القاعدة: معنى القاعدة أن الشيء إذا كان حلالا باعتبار وحراما باعتبار آخر فإنه يغلب فيه جانب الحرمة على جانب الحلية عملا بالاحتياط الشرعي، لأن ترك المباح لاجتناب المحرم أولى من فعل المباح الذي يجر إلى فعل المحرم.

ولا يدخل في القاعدة ما يفهمه كثير من الناس من أن الحلال إذا خالط الحرام صار حراما؛ فإن هذا لا يصح، كما أن القاعدة ليست على إطلاقها بل هي مقيدة بما إذا لم يكن الحرام قليلا ويتعذر تمييزه، فإنه حينئذ يغلب الحلال رحمة بالعباد ورفعا للمشقة عنهم[62].

ثانيا: المسائل المختلف في استثنائها من القاعدة:

قال السيوطي: «إن الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده المشهور فيه الكراهة لا التحريم خلافا للغزالي»[63].

وقال أيضا: «يدخل في هذه القاعدة تفريق الصفقة وهي أن يجمع في عقدين حرام وحلال؛ ويجري في أبواب، وفيها غالبا قولان أو وجهان أصحهما الصحة في الحلال والثاني البطلان في الكل، وادعى في المهمات أنه المذهب واختلف في علته، فالصحيح أنها الجمع بين الحلال والحرام؛ فغلب الحرام، وقيل الجهالة بما يخص الملك من العوض»[64].

الفرع الرابع: قاعدة: « ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها».

أولا: معنى القاعدة: هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة «**الضرورات تبيح المحظورات**»، وقد شرحت القاعدة في المطلب السابق بما فيه الكفاية، فلا حاجة من تكرار شيء من ذلك هاهنا، غير أن الذي ينبغي التأكيد عليه أن اعتبار الضرورة في الإسلام مرتبط بما يتسم به هذا الدين من واقعية ومرونة، فالتشريع الإسلامي إذ ينظر إلى المجتمع فإنه يسمو بالأفراد من خلال تشريعاته وأحكامه، ولا يغفل طبيعة الإنسان وتكوينه وما يعتريه من قوة وضعف وصحة ومرض، وعلى هذا الأساس فإن الشريعة الإسلامية لم تغفل الضرورة في كثير من أحكامها حتى تبقى استمرارية التكليف في كل الأوقات، وسواء أكان هذا الإنسان فردا أو داخل أسرة أو مجتمع[65].

ومع ذلك فإن الشرع الحكيم لم يفتح الباب على مصراعيه لكل من أرغمته الضرورة على الوقوع في المحظور، ولكن وضع مجموعة من الضوابط والقواعد التي تقنن كيفية إتيان هذا المحظور، ومن ذلك أن ما أبيح لأجل الضرورة يقدر بقدرها.

وقد اختلف أئمة المذهب الشافعي حول ما يستثنى من هذه القاعدة من الفروع الفقهية ولذا أحببت التمثيل بالقاعدة في هذا المطلب حتى يتحقق المطلوب.

ثانيا: المسائل المختلف في استثنائها من القاعدة:

قال البكري: «إنه لا يجوز شرب الماء النجس مع وجود الماء الطهور إلا في مسائل»، ذكر منها: إذا كان معه ماء طهور ومتنجس؛ وهو محتاج إلى الطهور لوضوء صلاة خشي فواتها، فله شرب النجس وترك الطهور لوضوئه الحاضر، كما نقل الرافعي في الشرح الكبير اتفاق كثير من الأصحاب في ذلك، والمختار في شرح المهذب خلافه، وفي الروضة نقل عن الماوردي وآخرين أن من كان معه ماءان طاهر ونجس توضأ بالطاهر وشرب النجس، ثم قال: «قلت: ذكر الشاشي كلام الماوردي هذا ثم أنكره واختار أن يشرب الطاهر ثم يتمم؛ قال وهذا هو الصحيح»[66].

خاتمة:

إذا تقرر لدينا من خلال ما سبق أن الاستثناء من القواعد الفقهية من الأسباب المباشرة التي كانت وراء الاختلاف الفقهي بين العلماء سواء على مستوى المذاهب الفقهية المعروفة أو على مستوى المذهب الواحد، فإننا سنخرج في خاتمة هذا البحث

بالاستنتاجات الآتية:

أولا: موضوع الاستثناء من القواعد الفقهية من الموضوعات الهامة التي ينبغي أن تصرف الهمة إلى بحثه، وهذا ما يزيد في أهمية دراسة القواعد الفقهية ككل، خصوصا وأن حاجة الأمة إليها في الوقت الحاضر اشتدت وقويت، وقد نبه غير واحد من أهل العلم على هذه الأهمية في معرض حديثهم عن دور القواعد الفقهية في ضبط الفروع.

ثانيا: معنى الاستثناء من القواعد الفقهية لم يتعرض لتحديده رجال هذا الفن مع أن كتاباتهم في فن القواعد لا تخلو من ذكر الاستثناءات، لهذا يتوجب على الباحثين المعاصرين أن يسعوا إلى تحديد مدلول هذا المصطلح.

ثالثا: أن استثناء جزئية من قاعدة فقهية معينة لابد له من سبب، وهذه الأسباب اختلف الفقهاء في مقدار إعمالها وإهمالها فترتب عن ذلك اختلافهم في المسائل الفرعية المستثناة.

رابعا: أن استثناء مسألة من قاعدة فقهية لا يقدح من حجية تلك القاعدة الفقهية.

خامسا: أن الخلاف الفقهي في المسائل المستثناة من القواعد الفقهية، يعين القارئ على اكتشاف الأسرار والخبايا التي تنطوي تحت هذه القواعد، وتفتح له آفاقا جديدة في التعرف على مزايا الفقه وخصائصه.

وأخيرا فإن هذا الذي توصلت إليه في هذه الدراسة -وهو جهد المقل- أظنه يعطي صورة ولو تقريبية لمفهوم الاستثناء من القواعد الفقهية؛ هذا وأرجو أن أكون قد وفقت في الإحاطة بأهم جوانب هذا الموضوع، فما كان من توفيق فمن الله وما كان من تقصير فمني ومن الشيطان.

والحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات.

الحواشي

(*) أستاذ التعليم الإعدادي، مسجل بسلك الدكتوراه في الفقه المالكي والتشريع المعاصر بكلية الشريعة بأكادير.

1. البخاري؛ كتاب العلم، باب العلم قبل القول والعمل، ومسلم: كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة.

2. الفروق؛ 1/5،6.

*. وهذا قبل ثلاث سنوات، وقد وقفت أخيرا على دراسة جديدة بعنوان: «الاستثناء من القواعد الفقهية: دراسة نظرية تطبيقية» للباحث جمال شاكر يوسف عبدالله، وهي أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا -الجامعة الأردنية، كما أن دراسة الباحثة الجزائرية قد طبعت مؤخرا بعنوان: «الاستثناء في القواعد الفقهية» وصدرت عن مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث ودار ابن حزم ط1.2010م.

3. وهذه الطريقة اشتهر بها الحنفية في التأليف في علم أصول الفقه، حيث يعمدون إلى استقراء الفروع الفقهية وتتبع الجزئيات ويضعون بإزائها قواعد خاصة، ويستوي في ذلك القواعد الأصولية مع القواعد الفقهية. ويبدو أن هذه الطريقة وإن اشتهر بها الحنفية فلغيرهم فيها مشاركة واجتماع، وإن بدرجة أقل، خاصة فيما يتعلق بوضع القواعد الفقهية، يقول الحجوي: «وعلى نمطها ألف القرافي قواعده في المذهب المالكي وعياض والمقري والونشريسي والزقاق وأمثالهم، فتلك القواعد إنما هي مأخوذة بالاستقراء من كثير من الفروع لا من كلها، وهكذا في مذهب الشافعية والحنابلة؛ ألف أصحابهما على هذا النمط ببيان الأصول التي عليها مبنى جل المسائل، أخذوها من صنيع الإمام وأصحابه في استنباطه». الفكر السامي؛ 2/133.

4. جزء من حديث رواه الدار قطني في سننه كتاب الطلاق والخلع والإيلاء، الباب الأول، رقم 4032.

5. مقاييس اللغة: مادة «ثني».

6. الاستثناء من القواعد الفقهية أسبابه وآثاره؛ ص: 40.

7. المستصفى في علم الأصول للغزالي؛ ص: 257.

8. الإحكام في أصول الأحكام للآمدي؛ 1/121.

9. المصباح المنير؛ مادة «ثنى» ص: 48.

10. الاستثناء من القواعد الفقهية أسبابه وآثاره؛ ص: 41.

11. كتاب الاستغناء في الفرق والاستثناء للبكري (مقدمة المحقق)؛ 1/84،85.

12. الاستثناء من القواعد الفقهية أسبابه وآثاره؛ ص: 114، 125.

13. القواعد الفقهية للباحسين؛ ص: 273.

14. الموافقات؛ 3/304.

15. الديباج؛ 1/87.

16. نيل الابتهاج؛ 1/73.

17. هو محمود بن أحمد بن محمد الشيخ الإمام العلامة القاضي المصنف نور الدين الحموي المشهور بابن خطيب الدهشة قاضي حماة وعالمها، ولد سنة ستين وسبعمائة، أخذ ببلده على جماعة ورحل إلى مصر والشام وأخذ عن علمائها وسمع الحديث ودرس وأفتى وصنف الكثير، ومن تصانيفه مختصر القوت للأذرعي في أربعة أجزاء؛ سماه إعانة المحتاج إلى شرح المنهاج ومختصر المطالع وشرح الكافية والشافية لابن مالك والتقريب في علم الغريب وغير ذلك، وولي القضاء بحماة من قبل المؤيد فباشره مباشرة حسنة وكان عنده زهد وتقشف ثم عزل وتفرد مدة بمشيخة حماة بعد موت رفيقه الشيخ جمال الدين ابن خطيب المنصورية، كان كثير الاستحضار ولكن كان فيه غفلة وعنده تساهل فيما ينقله ويقوله وأخذ عنه جماعة، توفي في شوال سنة أربع وثلاثين وثمانمائة. طبقات الشافعية؛ 4/108،109.

18. القواعد الفقهية للدكتور الباحسين؛ ص: 85.

19. القواعد الفقهية للدكتور الباحسين؛ ص: 113.

20. أصل هذه القاعدة حديث أخرجه أبو داوود والترمذي والنسائي في البيوع وابن ماجة في التجارات.

21. شرح القواعد الفقهية؛ ص: 429.

22. الموافقات؛ 3/160، ومفتاح الوصول؛ ص: 737.

23. أخرجه البخاري؛ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر

والغنم. ورواه مسلم؛ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

24. بداية المجتهد؛ 287/2.

25. بداية المجتهد؛ 287/2.

26. المجموع؛ 293/11.

27. إعلام الموقعين؛ 311/2

28. يعني الحنفية.

29. المغني؛ 254/4 .

30. أصل القاعدة حديث: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن».

31. شرح القواعد الفقهية للزرقا؛ ص: 219.

32 . نظرية التقعيد الفقهي؛ 553 .

33. سورة النساء؛ الآية:29.

34. مواهب الجليل؛228/4.

35. المجموع؛ 191،190/9.

36. الأشباه والنظائر؛ ص: 235.

37. المغني؛ 5/4.

38. المجموع؛ 163/9.

39. نظرية التقعيد الفقهي؛ 554،553.

40. هذه القاعدة مأخوذة من حديث أخرجه مالك في الموطأ؛ كتاب العقول، باب جامع العقل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال:«جرح العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس».

41. نظرية التقعيد الفقهي؛ ص: 375.

42. سورة الأنبياء؛ الآية: 77.

43. أخرجه الإمام مالك في الموطأ كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة.

44. بداية المجتهد؛ 523/2

45. بداية المجتهد؛ 524/2.

46. أصل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾.

47. القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني؛ ص: 83.

48. الشرح الكبير؛ 115/2.

49. القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف؛ ص: 306،307.

50. وهذه القاعدة فيها خلاف في المسائل المستثناة بين المذهب المالكي والمذهب الشافعي، ولما كان حق هذه القاعدة أن تدرس ضمن المطلب الأول فإني سأذكر حاصل هذا الخلاف هنا تتميما للفائدة، فإذا كان الشافعية يستثنون المسائل التي سنذكرها تحت هذه القاعدة على خلاف بينهم فإن المالكية استثنوا مسائل أخرى من القاعدة كالطهارة عملا بقاعدة أخرى وهي: «كل مشكوك فيه ملغى في الشريعة»، الفرق العاشر من كتاب الفروق؛ 125/1 ، والمشهور عندهم أن الشاك يعيد الوضوء، غير أنهم اختلفوا هل يعيده وجوبا أم استحبابا؟، وفرق بعضهم بين أن يكون ذلك داخل الصلاة أو خارجها، فإن كان داخلها ألغى الشك، وإن كان خارجها أخذ بالشك وأعاد الوضوء، وسبب ترجيح المالكية أصل الصلاة على أصل الطهارة، هو أن الصلاة من المقاصد والطهارة من الوسائل، والاحتياط للمقاصد أولى من الاحتياط للوسائل؛ لأن الوسائل أخفض رتبة من الوسائل، فكانت العناية بالصلاة وإلغاء المشكوك فيه منها أولى من رعاية الطهارة؛ الفرق العاشر من كتاب الفروق؛125/1.

51. القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف؛ 273.

52. الفروق؛ 127/1.

53. الأشباه والنظائر؛ 152.

54. الأشباه والنظائر؛188،187.

55. هو محمد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير الشاشي، الإمام الجليل، أحد أئمة الدهر ذو الباع الواسع في العلوم، إليه الباسطة والجلالة التامة والعظمة الوافرة، كان إماما في التفسير والحديث والأصول وغيرها، وله مصنفات كثيرة ليس لأحد مثلها، صنف في الجدل، وله كتاب في أصول الفقه، وله شرح على الرسالة،(ت: 336هـ وقيل:365) بالشاش. طبقات الشافعية الكبرى؛200/1.

56. الأشباه والنظائر؛ 188

57. المجموع؛258/ 1

58. القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني؛ 395.

59. وهي التي تيقن وجودها من غير إحساس؛ كالبول إذا جف على المحل ولم يوجد له رائحة ولا أثر، فيكفي إجراء الماء على محلها مرة ثانية وثالثة.

60. الأشباه والنظائر لابن نجيم؛ 65/1.

61. الأشباه والنظائر:148.

62. نظرية التقعيد الفقهي:621،620.

63. الأشباه والنظائر؛ 255/2.

64. الأشباه والنظائر؛ 259/2 .

65. القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني؛84،83.

66. الاستغناء في الفرق والاستثناء؛ 146 .

المصادر

-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

-الإحكام في أصول الأحكام؛ للإمام سيف الدين علي بن محمد الآمدي، دار الفكر، الطبعة الأولى: 1401هـ/1981م، بيروت.

-الاستغناء في الفرق والاستثناء؛ لمحمد بن أبي سليمان البكري، تحقيق: الدكتور سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي، الطبعة الأولى: 1408هـ/1988م، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي مكة المكرمة.

-الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية؛ لجلال الدين السيوطي، تحقيق محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة الطبعة الثانية: 1424هـ/2004م.

-الأشباه والنظائر؛ لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى: 1411هـ/1991م.

-الأشباه والنظائر؛ للعلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، تحقيق محمد مطيع، دار الفكر: الطبعة الأولى: 1403هـ/1983م.

-إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ للعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، حققه محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر،

الطبعة الثانية: 1327هـ/1977م.

-بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، تحقيق طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى: 1409هـ/1989م.

-التعريفات؛ لعلي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، حققه وعلق عليه نصر الدين التونسي، الطبعة الأولى: 2007م.

-الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب؛ لابن فرحون المالكي، تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور مكتبة دار التراث.

-روضة الطالبين للإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى: 1412هـ/1992م.

-سنن أبي داوود؛ سليمان أبي الأشعث السجستاني، مراجعة وضبط وتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

-سنن الترمذي؛ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت.

-سنن الدارقطني؛ للإمام علي بن عمر الدارقطني، دار المحاسن للطباعة، طبعة: 1386هـ/1966م.

-شرح القواعد الفقهية؛ للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، دار القلم الطبعة السادسة: 1422هـ/2001م.

-صحيح البخاري؛ لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المطبعة السلفية، الطبعة الأولى: 1400هـ .

-صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، دار الفكر: 1403هـ/1983 .

-طبقات الشافعية الكبرى؛ لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار الكتب العربية.

-طبقات الشافعية؛ لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، مكتبة عالم الكتب، الطبعة : الأولى 1407هـ

-غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر؛ لأحمد بن محمد الأموي، دار الكتب العلمية.

-الفروق؛ للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق د.عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية: 1424هـ/2003.

-القاموس المحيط؛ للعلامة محمد بن يعقوب الفيروزابادي، إعداد وتقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي دار إحياء التراث العربي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: 1420هـ/2000م.

-القواعد الفقهية؛ للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة الخامسة: 1420هـ/2007م.

-القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي؛ د: محمد الزحيلي، الطبعة الأولى: 1420هـ/1999م، جامعة الكويت.

-القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب البغدادي؛ د: محمد الروكي الطبعة الأولى: 1424هـ/2003م، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث.

-القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني؛ للأستاذ عبد الواحد الإدريسي، دار ابن القيم - دار ابن عفان، الطبعة الأولى: 1425هـ/2004م .

-الاستثناء من القواعد الفقهية؛ أسبابه وآثاره؛ للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، منشورات جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى: 1426هـ/2005م.

-لسان العرب؛ لابن منظور، دار صادر، الطبعة الأولى: 1401هـ/1990م.

-المجموع شرح المهذب؛ للإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، حققه وعلق عليه وأتمه بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي، طبعة جديدة مصححة: 1415هـ/1995 دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع.

-مختار الصحاح؛ للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، طبعة جديدة ومنقحة ومشكولة ومميزة. دار الحديث القاهرة.

-المستصفى في علم الأصول للإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي؛ مطبعة بولاق: 1322هـ.

-مسند الإمام أحمد؛ اعتناء الشيخ أحمد شاكر، طبعة دار المعارف القاهرة: 1374هـ.

-المصباح المنير، للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، دار الحديث القاهرة طبعة جديدة ومنقحة ومشكولة ومميزة المواد.

-المغني؛ لابن قدامة المقدسي، دار الفكر الطبعة الأولى: 1404هـ/1984م.

-مفتاح الأصول إلى بناء الفروع على الأصول؛ لأبي عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني، دراسة وتحقيق محمد علي فركوس، المكتبة المكية مؤسسة الريان، الطبعة الثانية: 1424هـ/2003م.

-معجم مقاييس اللغة؛ لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: 1399هـ/ 1979م.

-الموافقات في أصول الشريعة؛ للإمام الشاطبي، المكتبة التوفيقية، شرح وتعليق فضيلة الشيخ عبد الله دراز.

-مواهب الجليل شرح مختصر خليل؛ لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، دار الرشاد الحديثة، الطبعة الثالثة: 1412 هـ/1992م.

-الموطأ؛ للإمام مالك بن أنس، رواية يحيى بن يحيى الليثي المكتبة العصرية: 1423هـ/ 2002م.

-نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء؛ محمد الروكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء: 1414 هـ/1994م.

-نيل الابتهاج بتطريز الديباج؛ لأحمد بابا التنبكتي، تحقيق الدكتور علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية الطبعة الأولى: 1423 هـ/2001م.

-وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان؛ لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق د إحسان عباس، دار الثقافة.

سلسلة المنظومات العلمية في التراث المالكي

من السلاسل العلمية التي يعتزم مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث بالرابطة المحمدية للعلماء إصدارها - بإذن الله -، وتهدف إلى نشر مجموعة من أهم المنظومات العلمية التي تلقاها الناس بالقبول وجمعت بين قوة المضمون وجمال السبك، سواء في علوم القرآن أو الحديث النبوي أو السيرة العطرة أو الفقه...